

EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES: UN SISTEMA DE AMPARO "ORDINARIO" FRENTE AL AMPARO CONSTITUCIONAL

Leticia Fontestad Portalés
Profesora Titular Derecho Procesal
Universidad de Málaga

SUMARIO.- Introducción.- II.- El incidente de nulidad de actuaciones en España: a).- Concepto.- b).- Evolución histórica.- c).- Procedimiento.- III.- El incidente de nulidad de actuaciones y el Recurso de Amparo constitucional.- IV.- Posible inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones. V.- Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial.- VI.- Conclusiones.

I.- INTRODUCCIÓN.-

El incidente de nulidad de actuaciones se encuentra regulado en el artículo 241 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹. Se trata de un incidente de carácter excepcional que desde antiguo ha estado previsto en nuestro Ordenamiento Jurídico pero que ha sido objeto de múltiples reformas, la más reciente en el año 2007. La Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de Mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional introduce una modificación que genera dudas, por un lado, sobre su propia constitucionalidad y, por otro lado, sobre si estamos ante un nuevo “amparo” ordinario y ante órgano jurisdiccional distinto de aquel competente para conocer precisamente del Recurso de Amparo constitucional.

Tratamos, por tanto, en este trabajo de poner de manifiesto la existencia de un sistema de tutela de derechos fundamentales previo al amparo constitucional que se caracteriza por su carácter extraordinario, dado que cabe contra resoluciones que ya han adquirido firmeza y que, por un lado, no es óbice para que a lo largo del proceso de declaración se pongan de manifiesto las posibles vulneraciones de derechos fundamentales vía recursos ordinarios, ni para el posible acceso al Tribunal Constitucional, principal garante de estos derechos en particular y del cumplimiento de la Constitución en general. No obstante analizaremos los problemas que este incidente de nulidad de actuaciones supone desde su última reforma y los conflictos que provoca desde un punto de vista constitucional.

El artículo 241 LOPJ establece:

¹ Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial.

1. No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario.

Será competente para conocer de este incidente el mismo juzgado o tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de 20 días, desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución.

El juzgado o tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otras cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.

2. Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecorribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes.

Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el juzgado o tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 90 a 600 euros.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.

Lo primero que tenemos que destacar de este incidente de nulidad de actuaciones es, además de su carácter excepcional, que estamos ante un medio de impugnación contra resoluciones firmes, por lo que su ámbito de aplicación ya queda reducido a las resoluciones contra las que ya no caben ningún tipo de recurso, bien porque el perjudicado por la misma no haya querido recurrir, bien porque se le ha pasado el plazo para recurrir, bien porque haya agotado todos los recursos posibles o porque el legislador no haya previsto ningún recurso contra dicha resolución. Esto nos lleva a hacer una primera advertencia, no estamos ante la nulidad de los actos procesales que se puede solicitar a lo largo del proceso según establece el artículo 238 LOPJ sino ante el incidente de nulidad de actuaciones entendido como medio de impugnación contra resoluciones firmes.

A pesar que el artículo 241 LOPJ establece que estamos ante un incidente de carácter excepcional y que su ámbito de actuación, como medio de impugnación que es, se reduce al momento procesal en que la resolución ha adquirido efecto de cosa juzgada, o lo que es lo mismo, ha adquirido firmeza, el legislador con la última reforma operada en el año 2007 ha querido configurar este incidente de nulidad de actuaciones ante los tribunales ordinarios de una manera bastante más amplia. En este sentido, debemos recordar que antes de la reforma, este incidente sólo cabía alegarlo cuando existían defectos de forma que hubieran causado indefensión o estuviéramos ante la incongruencia del fallo. Sin embargo, en la actualidad, la aplicación de este incidente se ha ampliado a los supuestos en los que nos encontremos ante resoluciones firmes que hayan vulnerado cualquier derecho fundamental de los previstos en el artículo 53.2 de la Constitución española, siempre y cuando dicha vulneración no haya podido denunciarse antes de recaer la resolución que pone fin al proceso (sentencia definitiva) y siempre que contra dicha resolución no quepa la interposición de recurso alguno, ni ordinario ni extraordinario, es decir, que nos encontremos ante una resolución firme.

Dado que esta modificación amplía la posibilidad que los tribunales ordinarios tienen para controlar la vulneración de los derechos fundamentales, la doctrina se plantea si estamos ante un recurso de amparo ordinario en contraposición al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que también se ha visto afectado por la mencionada reforma en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional quedando, como consecuencia, como una tutela de los derechos fundamentales de carácter subsidiaria.

Antes de analizar los posibles conflictos que esta nueva regulación sobre este medio de impugnación haya podido ocasionar amén de su posible inconstitucionalidad consideramos necesario hacer una breve exposición de en qué consiste esta nulidad de actuaciones y cuál es el procedimiento regulado tanto en la LOPJ como en la LEC².

II.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN ESPAÑA

Regulado en España en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1885, hoy derogada por la LEC 2000, el antiguo artículo 742 LEC1881 establecía la posibilidad de denunciar cuestiones sobre la validez del procedimiento. Estamos, por tanto, ante un incidente con más de un siglo de existencia en nuestro Ordenamiento jurídico.

Con la reforma procesal de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, desaparece este incidente de nulidad de actuaciones, de tal modo que únicamente se podía denunciar la nulidad de un acto procesal a través de los recursos que la Ley

² Ley de enjuiciamiento Civil.

establecía contra la resolución en cuestión³. La consecuencia directa de la eliminación de este incidente fue el aumento de los recursos de amparo ante el TC, pues quedaba como único medio posible para denunciar la vulneración de un derecho fundamental en la sentencia. Ante la sobrecarga de trabajo del TC, una nueva reforma de la LOPJ tras la entrada en vigor de la Ley 5/1997, de 4 de diciembre, regula este medio de impugnación contra resoluciones firmes con una nueva redacción del artículo 240 que, tras una posterior reforma con la Ley 13/1999, de 14 de mayo, pasó a regularse permanentemente en el artículo 241 LOPJ. El nuevo artículo 241 LOPJ modifica dos aspectos fundamentales como son, por un lado, la ampliación de la legitimación y, por otro, el ámbito de aplicación. A su vez, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil del 2000, incluye una regulación expresa del incidente de nulidad de actuaciones contra sentencias firmes que, como contradice lo previsto en el citado artículo 241 LOPJ, no entraría en vigor hasta que la Ley 19/2003 reformó el artículo 241 LOPJ que, como indicamos al principio de este trabajo ha sido objeto de nueva reforma con la Ley 6/2007, 24 mayo que parte de la idea de restringir aún mas el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, siendo así que ya no basta la lesión de un derecho de fundamental sino que, además, es imprescindible que tenga especial trascendencia constitucional⁴.

La reforma del incidente de nulidad de actuaciones en el sentido de la última reforma de la Ley 6/2007, era una reforma que no sorprendió a ninguno de los sectores jurídicos puesto que lo que, precisamente, se criticaba y resultaba incomprensible era el hecho de no poder denunciar la vulneración de un derecho fundamental en una sentencia firme, irrecurrible, ante la jurisdicción ordinaria, es decir, sin acudir al amparo constitucional. Aunque esto precisamente es lo que logra la reforma del 2007, no podemos sobre dimensionar la misma ni olvidar que, de siempre, la tutela de los derechos fundamentales durante la tramitación de un proceso ha recaído sobre los tribunales ordinarios. El problema surgía cuando la lesión de dicho derecho fundamental ocurría en un momento en el que ya no cabía la posibilidad de recurrirlo ante el juez ordinario porque la lesión se producía en la sentencia firme.

Por lo tanto consideramos que a esta reforma, en relación con el nuevo ámbito de aplicación del incidente de nulidad de actuaciones, hay que darle la importancia que tiene pero no más de la que tiene. Con esto queremos poner de manifiesto que no estamos ante el principal instrumento procesal en relación con la tutela de los derechos fundamentales del artículo 24.1 CE pues no podemos olvidar que para la tutela de estos derechos el legislador, cuando la vulneración deriva del propio poder público, pone a nuestro alcance todos los medios de impugnación previstos en la LEC. El incidente de nulidad de actuaciones, por tanto, no es mas que otro instrumento para velar por los

³ *"Será inadmisibile el incidente de nulidad de resoluciones judiciales. Los vicios que pueda producir tal efecto serán hechos valer a través de los correspondiente recursos"*.

⁴ La STC 155/2009, de 25 de junio, determina que se debe entender por " trascendencia Constitucional".

derechos fundamentales y, su especialidad radica en el momento procesal en el que se plantea, pues a partir de ahí no cabe acudir a ningún otro mecanismo procesal en el plano de la jurisdicción ordinaria, convirtiéndose entonces en el último mecanismo de tutela de las garantías judiciales de los derechos fundamentales y especialmente de los del art. 24.1 CE.

III.- EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES: a).- CONCEPTO.- b).- NATURALEZA JURÍDICA.- c).- PROCEDIMIENTO.-

a).- Concepto

Comenzaremos por definirlo como un incidente extraordinario para impugnar sentencias firmes que han causado indefensión como consecuencia de una infracción procesal que no ha podido ser denunciada durante el proceso en el que se ha producido.

b).- Naturaleza

Tras la lectura de los artículos 241 LOPJ y 228 LEC que regulan este incidente de nulidad de actuaciones podemos observar que estamos ante un incidente (no ante un proceso) de carácter extraordinario tanto porque solo cabe interponerlo ante determinadas resoluciones judiciales como por el carácter tasado de los motivos que se pueden alegar en el mismo. En primer lugar, solo cabe interponer este incidente contra las resoluciones dictadas en primera y única instancia como las dictadas en segunda instancia contra las que no cabe recurso alguno, es decir, contra resoluciones firmes. En segundo lugar, en relación a los motivos para solicitar la nulidad de actuaciones exclusivamente se admite la vulneración de normas procesales que lesionen derechos fundamentales.

c).- Procedimiento.-

En la actualidad, tras todas estas reformas operadas en el incidente de nulidad de actuaciones, como medio de impugnación que es, sólo podrá interponerse en procesos que hayan finalizado con resolución firme siempre que se den los siguientes requisitos:

- a).- que exista vulneración de algún derecho fundamental de los previstos en el artículo 53.2 CE
- b).- que no se haya podido poner de manifiesto dicha vulneración antes de recaer sentencia que ponga fin al proceso
- c).- que la infracción no pueda ser denunciada a través de recursos ordinarios ni extraordinarios.

Estamos ante un instrumento de carácter no devolutivo puesto que la **competencia** para conocer de este incidente de nulidad de actuaciones recae sobre el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución que devino en firme aun cuando no fuese el que cometió el defecto de forma. Esta atribución de competencia de carácter no devolutiva ha sido criticado por la doctrina en tanto en cuanto supone un mero recurso de reposición.

En cuanto al **plazo** para solicitar la nulidad de actuaciones son dos:

- un plazo relativo de veinte días desde la notificación de la resolución que adquirió firmeza o desde que se tuvo conocimiento del defecto que causó la indefensión.
- Un plazo absoluto de cinco años desde la notificación de dicha resolución. Plazo que trata de buscar un equilibrio con el principio de seguridad jurídica.

En cuanto al **procedimiento**, se solicita por escrito en forma de demanda (conforme a los requisitos establecidos en el artículo 399 LEC) que irá acompañada por los documentos que acreditan la vulneración del derecho fundamental lesionado que justifica la apertura del incidente. El juez lo admitirá a trámite si se dan todos los requisitos, dando traslado a las demás partes para que presenten sus alegaciones. De este modo, el juez tendrá que controlar que se alegan defectos de forma que lesionan derechos fundamentales y que se presenta en plazo. En caso de no cumplirse con todos los requisitos el juez lo inadmitirá por providencia sucintamente motivada e irrecurrible.

La decisión del legislador de resolver la inadmisión de este incidente a través de providencia sucintamente motivada, a pesar de descansar en razones probablemente de agilidad, no ha estado exenta de críticas por la doctrina en España que considera que lo adecuado hubiera sido resolver a través de auto motivado y recurrible.

El incidente no tiene efectos suspensivos con carácter general, independientemente que la parte pueda solicitar la suspensión de la eficacia de la resolución firme si considera que en caso contrario el incidente pierde su finalidad.

No está previsto un trámite de prueba en este incidente pero la doctrina considera aconsejable la celebración de una vista conforme a los trámites de la vista en el juicio verbal en la LEC⁵.

El incidente termina con un auto contra el no cabe recurso, evitando así el uso dilatorio del mismo. Si el auto desestima la nulidad de actuaciones, no se rescinde la resolución firme y cabe condena en costas para el solicitante con la posibilidad de ser multado por actuar con temeridad. En caso de auto estimatorio de la nulidad, se reenvían las actuaciones al órgano que causó la indefensión, reponiéndose las actuaciones al estado anterior al defecto que

⁵ Artículo 443 LEC.

causó la misma, declarándose la nulidad de los actos posteriores y continuando a partir de ese momento con el procedimiento legalmente previsto.

III.- EL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES Y EL RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL

Con la reforma dada al artículo 241 LOPJ por la Ley 6/2007 se crea una especie de amparo judicial en el sentido de extender la tutela de los derechos fundamentales a la jurisdicción ordinaria. Si con anterioridad a la reforma solo se podía alegar tras la sentencia firme a través de este medio de impugnación la indefensión o incongruencia, a partir de la reforma de 2007, se podrá alegar la vulneración de cualquier derecho fundamental.

Realmente el legislador aborda esta reforma del incidente de nulidad de actuaciones como consecuencia de la necesaria reforma del recurso de amparo dado el elevado aumento del número de los recursos ante el Tribunal Constitucional (TC). Como solución se impone limitar los supuestos de admisión del mismo para descargar de trabajo al TC a la par que se encarga a los tribunales ordinarios el control de la vulneración de los derechos fundamentales a través del incidente de nulidad de actuaciones de los artículos 241 LOPJ Y 228 LEC.

No obstante, hemos de reconocer, aunque no es el tema que nos atañe, que el legislador no se limitó con esta reforma del 2007, a solventar los problemas que derivaban del Recurso de Amparo sino que aprovechó para solucionar algunos problemas de funcionamiento del propio TC.

En cuanto al objetivo principal de esta última reforma que supone por un lado agilizar el recurso de amparo y por otro reducir de carga de trabajo al TC, se adopta como medida ampliar el ámbito de aplicación del incidente de nulidad de actuaciones reformando el artículo 241 LOPJ atribuyendo, como venimos indicando, la competencia para conocer de las posibles vulneraciones de derechos fundamentales a los tribunales ordinarios. No obstante, aparentemente el TC mantiene la última palabra al respecto dado su competencia en dicha materia aunque, como veremos, con carácter subsidiario.

Antes de entrar a analizar y valorar la relación actual entre el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo, brevemente pondremos de manifiesto los problemas que la regulación de ambos sistemas provocaban a los litigantes con la regulación anterior. De esta manera, antes de la reforma operada en el artículo 241 LOPJ y en la LOTC tras la Ley 6/2007, ante una resolución judicial que no solo presentaba, desde el punto de vista de los litigantes, tanto defectos de forma que generaban indefensión o vicios de incongruencia (denunciables a través del incidente de nulidad de actuaciones) como vulneración de derechos fundamentales propios del recurso de amparo ante el TC, había que optar entre acudir previamente al incidente de nulidad de actuaciones o acudir simultáneamente también al recurso de amparo

constitucional. La razón no era otra que la inadmisión del recurso de amparo si no presentaba previamente el incidente de nulidad de actuaciones puesto que, en relación a las cuestiones no referidas a los derechos fundamentales, no se agotaba la vía judicial previa tal y como exige el recurso de amparo. Sin embargo, si se interponía dicho incidente previo al recurso de amparo, ante su inadmisión se arriesgaba a que el TC declarase inadmitido el recurso de amparo por haberse pasado el plazo para su interposición. En este estado de cosas, desde un punto de vista práctico, se aconsejaba interponer simultáneamente ambos mecanismos, cada cual para resolver los defectos de los que resultaren competentes. Es decir, que para evitar cerrarse puertas había que interponer una nulidad de actuaciones por esos defectos de forma que causaran indefensión o vicios de incongruencia ante la jurisdicción ordinaria y también recurrir en amparo ante el TC, de modo que ante la inadmisión o desestimación de la nulidad de actuaciones se salvara la posibilidad de denunciar dichos defectos, junto los alegados en el primer recurso de casación ante el TC.

Precisamente la Ley 6/2007 que reforma tanto el incidente de nulidad de actuaciones como el recurso de amparo solucionan este problema a la hora de utilizar ambos mecanismos de forma simultánea pues en la actualidad los defectos denunciabiles a través del incidente son también los denunciabiles mediante el recurso de amparo constitucional. De este modo se articula un mecanismo que no podemos olvidar que tiene carácter excepcional y, además, tiene carácter subsidiario puesto que para denunciar estos defectos a lo largo del proceso el sistema ordinario para denunciarlo es el de los recursos. En el caso que no exista la posibilidad de recurrir contra la sentencia que ponga fin al proceso es cuando existe la posibilidad de acudir al incidente extraordinario de nulidad de actuaciones.

Podemos afirmar que el incidente de nulidad de actuaciones, en la actualidad, solo puede plantearse cuando la vulneración del derecho fundamental se produce en la propia sentencia contra la que ya no cabe recurso alguno o bien se advierte cuando la sentencia es firme. Por lo tanto nos encontramos ante un mecanismo con un ámbito de aplicación que pese haber sido objeto de ampliación tras la última reforma, no deja de ser de carácter restringido puesto que, para comenzar, los supuestos en los que la infracción de derechos fundamentales se da en la propia sentencia firme no es habitual y, por otro lado, por el carácter subsidiario del que hablábamos anteriormente.

Resulta evidente de la lectura del artículo 241 LOPJ que nos encontramos con un mecanismo previo y necesario para poder interponer el recurso de amparo ante el TC por vulneración de derechos fundamentales y así lo confirma el también reformado artículo 44 LOTC⁶. Sin embargo, lejos de lograr el objetivo de disminuir el número de recursos de amparo ante el TC constitucional, consideramos que el legislador ha configurado un nuevo amparo judicial tras el cual, y agotada la vía judicial ordinaria, el perjudicado interpondrá el recurso de amparo ante el TC.

⁶ Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 2/1979, de 3 de octubre).

En este sentido, no podemos dejar de lado el Auto del TC 179/2010, de 29 de diciembre que afirma tajante la necesidad de agotar la vía judicial previa al recurso de amparo de tal modo que determina que *"la jurisdicción constitucional sólo puede intervenir una vez que, intentada la reparación de la eventual lesión del derecho invocado por los ciudadanos en la vía judicial ordinaria y agotados los cauces procesales que ésta ofrece, dicha reparación no se haya producido. Y cuando aquellas vías no hayan sido recurridas el recurso de amparo resultará inadmisibles"*⁷. En esta línea la STC 12/2011, de 28 de febrero, confirma que este amparo judicial previo resulta necesario para evitar el amparo constitucional *per saltum* ofreciendo así a la jurisdicción ordinaria la posibilidad de pronunciarse sobre la vulneración de un derecho fundamental y evitando también recursos de amparo innecesarios.

No obstante con la STC 216/2013, de 19 de diciembre observamos si no un cambio de criterio en la doctrina constitucional, sí al menos una revisión de la misma siendo así que, ratificando lo afirmado en anteriores sentencias del mismo Tribunal⁸, afirma que en supuestos de lesiones directas del derecho fundamental como en el caso, por ejemplo, del derecho al honor o a la intimidad, el reconocimiento o no de tal vulneración no requiere necesariamente la interposición previa del incidente de nulidad de actuaciones. Y esto es así porque *"consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial"*⁹.

*En definitiva el TC en esta reciente sentencia entiende cumplido el requisito del agotamiento de la vía judicial previa sin necesidad de plantear el incidente de nulidad, cuando los tribunales ordinarios han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre los derechos fundamentales que, posteriormente han sido invocados en amparo constitucional. Lo contrario, según el propio TC, supondría impedir la vía de amparo constitucional "con un enfoque formalista y confundir la lógica del carácter subsidiario de su configuración"*¹⁰.

Sin embargo, el TC da un paso más pues afirma que este requisito procesal de agotar la vía judicial previa no puede entenderse como la necesidad de interponer cualquier tipo de recurso, incluidos los que de antemano se sabe que no tendrán viabilidad alguna. Por lo que se debe entender cumplido el mismo cuando se interpongan los recursos que, en principio, sean los adecuados. Por lo tanto, si el carácter subsidiario del amparo constitucional está garantizado porque las alegaciones de las lesiones de derechos

⁷ En este sentido también el Auto TC 200/2010, de 21 de diciembre.

⁸ Por todas *Vid.* STC 11/2011, de 28 de febrero, STC 176/2013, de 21 de octubre.

⁹ *Cfr.* STC 216/2013, de 19 de diciembre.

¹⁰ Doctrina constitucional en la que se apoya también la Sentencia 19/2014, de 10 de febrero de 2014 Para admitir el Recurso de amparo sin haber hecho uso previamente del incidente de nulidad de actuaciones.

fundamentales han sido denunciadas previamente ante la jurisdicción ordinaria, no sería necesario acudir también al incidente de nulidad de actuaciones. Si exigiéramos en estos casos plantear previamente el incidente de nulidad de actuaciones resultaría materialmente inútil en palabras del propio TC porque comportaría pedirle al órgano judicial que se retractase de lo que ya ha resuelto.

IV.- POSIBLE INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCIDENTE DE NULIDAD DE ACTUACIONES

La razón que lleva a la doctrina a plantearse la posible inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones no es otra que considerarlo contrario al artículo 24 CE que regula el Derecho a la tutela judicial efectiva. Dentro de los derechos fundamentales de carácter procesal que engloba dicho artículo 24 CE, la doctrina entiende que el artículo 241 LOPJ supone concretamente la vulneración de tres derechos fundamentales en particular:

- 1.- el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley
- 2.- el derecho a un proceso con todas las garantías
- 3.- el derecho a la tutela judicial efectiva

El artículo 241.1 II LOPJ atribuye la competencia al mismo juez que dictó la resolución que deviene firme lo que supone atribuir la competencia para conocer de este incidente de nulidad de actuaciones a un juez que se podría considerar objetivamente parcial puesto que es el mismo juez que dictó la resolución impugnada por vulnerar derechos fundamentales. Se podría entender, por tanto, que dicho juez carece de la suficiente objetividad e imparcialidad para rescindir una resolución firme que él mismo ha dictado vulnerando un derecho fundamental.

En opinión de la doctrina esta atribución de competencia para resolver el incidente de nulidad de actuaciones convierte en poco útil este incidente preferente y sumario en que consiste el amparo judicial dado que la propia naturaleza humana conduce a ser reacios a la hora de cambiar de criterio después de haber dictado sentencia, sobre todo cuando las estadísticas demuestran que el TC en la mayor parte de los casos inadmite el amparo constitucional. Ante esta situación parece que el incidente de nulidad de actuaciones no solo vulnera el derecho al juez ordinario predeterminado la ley sino que además no cumple con su función primordial de mecanismo al servicio de la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

El profesor MORENILLAS, partidario de esta inconstitucionalidad del artículo 241 LOPJ afirma además que estamos ante un *"proceso autónomo similar al de revisión de sentencias firmes"* dado que un incidente contra resoluciones firmes nunca podría ser considerado un recurso porque por definición los recursos se interponen contra resoluciones que no han adquirido firmeza. Esto le lleva a afirmar, que el acceso al incidente de nulidad de actuaciones no

puede tratarse como el derecho de acceso a los recursos sino como el derecho de acceso a la justicia, igual que el mal llamado recurso de revisión contra sentencias firmes. En este sentido, critica que se regule este incidente con carácter de excepcional puesto que al ser un derecho de acceso a la justicia, dicho carácter excepcional supondría una denegación del acceso a la justicia y, por tanto, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Este autor considera, por tanto, que el incidente de nulidad de actuaciones es un incidente *especial* de tutela ordinaria sobre los derechos fundamentales, razón por la que el artículo 241 LOPJ no puede ser aplicado con carácter restrictivo sino amplio y favorable a la tutela judicial efectiva.

Otras cuestiones que podrían ser consecuencia de esta teoría sobre la naturaleza jurídica del incidente de nulidad de actuaciones como proceso especial de amparo judicial sería la necesidad intervención del Ministerio Fiscal en el mismo, en contra de lo que sucede con el criterio actual acerca de su naturaleza jurídica como incidente extraordinario.

V.- ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.-

El análisis de las situaciones descritas en los apartados anteriores suponen de vital importancia sobre todo si tenemos en cuenta que el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial de 3 de abril de 2014, en su art. 247, pretende acometer una nueva reforma del incidente de nulidad de actuaciones. Pero lo más curioso es que dicha reforma pretende restringir de nuevo los motivos por los cuales se puede plantear dicho incidente, volviendo a lo previsto en la LOPJ antes de la reforma de la Ley 6/2007, de 24 de mayo, es decir, limitando su ámbito de aplicación única y exclusivamente a los vicios de forma que causen indefensión o la incongruencia del fallo.

Según el Artículo 247 Anteproyecto Ley Orgánica del Poder Judicial. *Incidente excepcional de nulidad de actuaciones.*

1. *No se admitirán con carácter general incidentes de nulidad de actuaciones. Sin embargo, excepcionalmente, quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo, podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en defectos de forma que hayan causado indefensión o en la incongruencia del fallo, siempre que los primeros no hayan podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno u otro caso, ésta no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario. Será competente para conocer de este incidente el mismo Tribunal que dictó la resolución que hubiere adquirido firmeza. El plazo para pedir la nulidad será de veinte días desde la notificación de la resolución o, en todo caso, desde que se tuvo conocimiento del defecto causante de indefensión, sin que, en este último caso, pueda solicitarse la nulidad de actuaciones después de transcurridos cinco años desde la notificación de la resolución. El Tribunal inadmitirá a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, cualquier incidente en el que se pretenda suscitar otro tipo de cuestiones. Contra la resolución por la que se inadmita a trámite el incidente no cabrá recurso alguno.*

2. *Admitido a trámite el escrito en que se pida la nulidad fundada en los vicios a que se refiere el apartado anterior de este artículo, no quedará en suspenso la ejecución y eficacia de la sentencia o resolución irrecurribles, salvo que se acuerde de forma expresa la suspensión para evitar que el incidente pudiera perder su finalidad, y se dará traslado de dicho escrito, junto con copia de los documentos que se acompañasen, en su caso, para acreditar el vicio o defecto en que la petición se funde, a las demás partes, que en el plazo común de cinco días podrán formular por escrito sus alegaciones, a las que acompañarán los documentos que se estimen pertinentes. Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. Si se desestimara la solicitud de nulidad, se condenará, por medio de auto, al solicitante en todas las costas del incidente y, en caso de que el Tribunal entienda que se promovió con temeridad, le impondrá, además, una multa de 500 a 3000 euros. Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno.*

¿Cuáles son los motivos que han llegado al legislador a plantearse reformar de nuevo el incidente de nulidad de actuaciones para, precisamente, volver a situarlo en el punto anterior a la tan esperada reforma con la Ley 6/2007?.

Quizás los motivos los podamos encontrar en las críticas que un sector doctrinal aducían en relación a la citada reforma que convirtió al incidente de nulidad de actuaciones en el mecanismo idóneo para la esencial garantía de los derechos fundamentales cuando históricamente siempre ha sido un mecanismo dirigido simplemente a la reparación de los vicios formales.

Por otro, también se ha criticado que tal y como está regulado en la actualidad atribuyendo la competencia al mismo órgano judicial causante de la lesión del derecho lo convierte en un instrumento de poca o escasa utilidad. Sin olvidar el problema de sobrecarga de trabajo que este incidente esta suponiendo para los tribunales ordinarios y, en especial, para el Tribunal Supremo.

Por el contrario, en cuanto al objetivo de esta reforma del 2007 de lograr la descarga de trabajo del TC, según las estadísticas tampoco parece que se haya cumplido.

VI.- CONCLUSIONES

Sin entrar en la necesidad o no de una nueva reforma del incidente extraordinario de nulidad de actuaciones y partiendo de lo que está en vigor en la actualidad, lo que si tenemos claro es que para lograr el objetivo deseado tras la reforma del mismo con la Ley 6/2007 hubiera sido necesario un cambio de mentalidad no solo en relación al propio incidente sino también en relación al amparo constitucional siendo así que no se trata de ver al TC como ultima posibilidad de denunciar la lesión de un derecho fundamental

sino más bien asumir, tanto el ciudadano como el propio órgano jurisdiccional, que a la jurisdicción ordinaria le corresponde decir la última palabra en esta materia puesto que, probablemente, dicho supuesto no pueda ser revisado posteriormente en amparo.

En segundo lugar, parece que nos olvidamos que son más frecuentes los supuestos en los que la lesión de un derecho fundamental, por el momento procesal en el que se produce, antes de la sentencia firme, son susceptibles de recurso ordinario o extraordinario, que los supuestos en los que sólo procede el incidente de nulidad de actuaciones por producirse la lesión en la propia sentencia firme.

Por último, como pone de relieve algún sector doctrinal, los recursos ordinarios o extraordinarios resultan más eficaces para resolver la lesión de derechos fundamentales que el incidente de nulidad de actuaciones dado que la competencia para resolverlos, normalmente, recae en el órgano judicial superior jerárquico al que dictó la resolución que presuntamente vulneró el derecho.

PREGUNTA GENERAL PARA EL FORO DE DEBATE:

1.- ¿Es recomendable volver a la regulación del incidente que estaba vigente antes de objetivarse el amparo con La ley 6/2007? Es decir

PREGUNTA CONCRETA SOBRE LA ASIGNATURA:

1.- ¿Considera aconsejable acudir a un recurso de amparo sin interponer el incidente extraordinario de nulidad de actuaciones?.

BIBLIOGRAFÍA.-

BACHMAIER WINTER, L., "La reforma del recurso de amparo en la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo", *Diario La Ley* 6775, de 10 de septiembre de 2007.

CARRETERO SÁNCHEZ, S., "Acerca de la nulidad de actuaciones y su complicada clarificación constitucional, *Diario La Ley* 1704/2014.

FERNÁNDEZ CABALLERO, G., "El incidente de nulidad de actuaciones y las demandas para la declaración de error judicial", *Diario La Ley* 7684/2014.

DOIG DÍAZ, Y., "Análisis del nuevo incidente de nulidad de actuaciones en la Ley Orgánica 6/2007 de reforma del art. 241 LOPJ", *Diario La Ley* 1116/2008, de 22 de Febrero de 2008.

GARCÍA- VILARUBIA BERNABÉ, M., "A vueltas con el incidente de nulidad de actuaciones y el recurso de amparo. Examen de la cuestión a la vista de los recientes avances legislativos y jurisprudenciales", *Diario La Ley* numero 6156 de 28 de diciembre de 2004.

GONZÁLEZ ALONSO, A., El incidente de nulidad de actuaciones: la piedra que desecharon los arquitectos es ahora la piedra angular, <http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M1Com-AliciaGonzalezAlonso.pdf>.

GORRIZ GÓMEZ, B., "Modificación de la doctrina constitucional sobre la necesidad de interponer el incidente de nulidad de actuaciones con carácter previo al recurso de amparo (STC 216/2013, de 19 de diciembre). *La Ley* 1218/2014.

MORENILLA ALLARD, P., y DE CASTRO MARTÍN, J.L., "Sobre la inconstitucionalidad del artículo 241.1 II LOPJ, en cuanto que atribuye la competencia para el conocimiento y resolución del incidente excepcional de nulidad de actuaciones al mismo Tribunal que dictó la resolución judicial firme cuya rescisión se postula", *LA LEY* 22352/2011.

MORENILLA ALLARD, P., "De nuevo sobre la inconstitucionalidad del incidente de nulidad de actuaciones", *La Ley* 2933/2013.

RUIZ-RICO RUIZ, G., y CARAZO LIEBANA, MARÍA JOSE, "El derecho a la tutela judicial efectiva. Análisis jurisprudencial", *www.tirantonline*, DOC TOL3.019.515.